

VU Research Portal

Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid

Wolswinkel, C.J.

published in

Schaarse publieke rechten
2011

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Wolswinkel, C. J. (2011). Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid. In F. J. van Ommeren, W. den Ouden, & C. J. Wolswinkel (Eds.), *Schaarse publieke rechten* (pp. 177-201). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

8 VERDELINGSPROCEDURES: EEN ZOEKTOCHT NAAR EEN ZINVOL ONDERSCHEID

C.J. Wolswinkel

1 INLEIDING

Schaarse publiekrechtelijke rechten kunnen op verschillende manieren worden verdeeld. Bekende verdelingsprocedures zijn de veiling, de vergelijkende toets, de loting en verlening op volgorde van binnenkomst van de aanvragen ('first come, first served'). Elke verdelingsprocedure wordt gekenmerkt door een of meerdere *verdelingscriteria* op basis waarvan wordt bepaald wie wel en wie niet in aanmerking komt voor verlening van die schaarse rechten. Het verdelingscriterium vormt dus een duidelijk aanknopingspunt om verdelingsprocedures van elkaar te onderscheiden.

In deze bijdrage staat de vraag centraal welke procedures voor de verdeling van schaarse rechten vanuit het perspectief van het verdelingscriterium juridisch zinvol van elkaar kunnen worden onderscheiden.¹ Enkele voorbeelden op het terrein van schaarse 'frequentievergunningen' laten zien wanneer en waarom een onderscheid tussen verdelingsprocedures juridisch zinvol is of kan zijn.²

Vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte worden verdeeld door middel van een veiling, een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, of op volgorde van binnenkomst van de aanvragen.³ Dit betekent enerzijds dat de loting is uitgesloten als verdelingsprocedure en anderzijds dat zodra is gekozen voor een van deze verdelingsprocedures, de toepassing van een van de andere verdelingsprocedures is uitgesloten. Het CBB verwierp in dit verband het betoog van een van de marktpartijen dat door de vormgeving van het financiële bod feitelijk sprake was van een veiling in plaats

-
- 1 Verdelingsprocedures kunnen ook op andere wijzen van elkaar worden onderscheiden, bijvoorbeeld naar de mate van transparantie of competitie in de procedure. Dergelijke onderscheidingen blijven hier verder buiten beschouwing. Zie hiervoor Drahmman en Van Ommeren in deze bundel.
 - 2 Deze specifieke voorbeelden dienen louter ter illustratie en worden in het vervolg van deze bijdrage daarom niet nader geanalyseerd.
 - 3 Art. 3.3 lid 4 Telecommunicatiewet (Tw).

van een vergelijkende toets bij de verdeling van frequentievergunningen voor commerciële radio-omroep in 2003.⁴

Nadat voor een bepaalde verdelingsprocedure is gekozen en op basis hiervan een vergunning voor een bepaalde bestemming is verleend, moet in beginsel bij elke volgende uitgifte van frequentieruimte voor die bestemming steeds *een vergelijkbare procedure* worden toegepast, zolang er in die bestemming nog houders van vergunningen voor het gebruik van frequentieruimte zijn.⁵ In dat verband sloot de keuze voor een vergelijkende toets (met een financieel bod) in 2003 uit dat frequenties voor commerciële radio-omroep in 2007 zouden worden verdeeld door middel van een veiling. Wel liet het begrip ‘vergelijkbare procedure’ ruimte voor een vergelijkende toets met een financieel bod, waarbij de inhoudelijke vergelijkende toets niet meer het bedrijfsplan, maar alleen nog de programmatische voornemens betrof.⁶

Op grond van art. 17 lid 1 Wtv⁷ werden in 1997 op voorstel van een aantal marktpartijen zeven machtigingen verleend voor landelijke commerciële radio-omroep.⁸ Deze machtigingen werden op grond van overgangsrecht gelijkgesteld met een vergunning die is verleend op grond van art. 3.3 lid 1 Tw.⁹ Vergunningen die zijn verleend door middel van een veiling of een vergelijkende toets kunnen niet worden verlengd, tenzij het algemeen maatschappelijk cultureel of economisch belang verlenging vordert.¹⁰ Volgens de bestuursrechter stond vast dat de machtigingen destijds niet door middel van een veiling waren verleend en kon de wijze waarop de machtigingen waren verleend, *materieel* niet anders worden geduid dan als een *vergelijkende toets*, zodat het strenge verleningsregime van toepassing was.¹¹

In deze bijdrage wordt eerst de verdeling van schaarse rechten in algemene zin getypeerd. Vervolgens worden de verdelingsprocedures van enkele bestaande vergunningstelsels en subsidieregelingen beschreven (§ 2). Op basis hiervan wordt een onderscheid gemaakt

4 Zie CBB 16 december 2005, LJN AU8613, r.o. 6.3.3.

5 Art. 3.3 lid 7 Tw.

6 Zie de toelichting op de Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2007, *Stcrt.* 2007, 220.

7 De Wet op de telecommunicatievoorzieningen (Wtv) was de voorganger van de Telecommunicatiewet (Tw).

8 Zie hierover *Kamerstukken II* 1996/97, 24095, nr. 12.

9 Zie art. 20.3 lid 1 Tw.

10 Zie art. 9 Fb. Dit artikel is momenteel opnieuw van belang in verband met de verlenging van vergunningen voor commerciële radio-omroep die in 2003 zijn verleend door middel van een vergelijkende toets. Zie *Stb.* 2010, 313, en *Stcrt.* 2010, 11992.

11 Rb. Rotterdam 5 juni 2002, AB 2002, 321, m.nt. GC.

tussen verdelingsprocedures op basis van het verdelingscriterium (§ 3). Afgesloten wordt met een slotbeschouwing (§ 4).

2 DE VERDELING VAN SCHAARSE PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTEN

2.1 Een algemene typering

De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten veronderstelt *publiekrechtelijke rechten* die een *schaars* karakter hebben. *Publiekrechtelijke rechten* worden in deze bijdrage opgevat als rechten die worden verleend op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Met het oog op de verdeling van deze rechten kan het van belang zijn om verschillende soorten publiekrechtelijke rechten te onderscheiden. In deze bijdrage blijft dit onderscheid beperkt tot de vergunning enerzijds en de subsidie anderzijds. Een *vergunning* wordt gedefinieerd als een toestemming om een bepaalde activiteit te verrichten die anders verboden zou zijn.¹² Voor de *subsidie* wordt aangesloten bij de definitie van art. 4:21 lid 1 Awb: een subsidie is een aanspraak op financiële middelen verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten. Hoewel zowel de vergunning als de subsidie een publiekrechtelijk recht inhoudt dat betrekking heeft op een *bepaalde* activiteit, heeft de vergunning het karakter van een *toestemmend recht*, terwijl de subsidie een recht in de vorm van een *financiële aanspraak* is.¹³

Alvorens te kunnen spreken over (de verdeling van) schaarse rechten, is noodzakelijk dat het aantal voor verlening beschikbare rechten vooraf is beperkt tot een bepaald maximum. Dit maximum wordt het *plafond* genoemd en wordt uitgedrukt in een bepaalde eenheid. In dit verband is het *subsidieplafond* in art. 4:22 Awb gedefinieerd als ‘het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift’.¹⁴ De betekenis van het subsidieplafond schuilt

¹² Zie voor deze definitie bijvoorbeeld: J. Wessel, ‘De vergunning als beleidsinstrument’, *Bouwrecht* 1980-2, p. 67.

¹³ In bijzondere gevallen kunnen de vergunning en de subsidie betrekking hebben op *dezelfde* activiteit. Zie in dit verband bijvoorbeeld art. 22 Wet personenvervoer 2000, op grond waarvan de concessieverleners bevoegd zijn subsidies te verstrekken voor het in een concessie omschreven openbaar vervoer.

¹⁴ Een subsidieplafond wordt dus uitgedrukt in een geldeenheid. Een van de redenen om de definitie van subsidie in art. 4:21 Awb te beperken tot financiële aanspraken en niet uit te breiden tot aanspraken in natura, is dat de regeling van het subsidieplafond hierdoor onevenredig zou worden gecompliceerd (*Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 31).

hierin dat een subsidie moet worden geweigerd voor zover door verstrekking van de subsidie het subsidieplafond zou worden overschreden (art. 4:25 lid 2 Awb).¹⁵

Naar analogie van het begrip subsidieplafond kan bij vergunningen worden gesproken over het *vergunningenplafond*. Onder het vergunningenplafond wordt dan verstaan het maximale aantal vergunningen dat – eventueel in een bepaald tijdvak – kan worden verleend.¹⁶ De vaststelling van een vergunningenplafond behoort eigenlijk steeds vergezeld te gaan van een expliciete bepaling dat een vergunning wordt geweigerd voor zover door verlening ervan dit vergunningenplafond zou worden overschreden.¹⁷ Als deze laatste bepaling over de weigeringsgrond ontbreekt, is namelijk onduidelijk of de weigeringsgrond een imperatief of facultatief karakter heeft. Blijkens de jurisprudentie kan bij het ontbreken van een dergelijke bepaling de weigering van een vergunning niettemin dragend worden gemotiveerd door te verwijzen naar een wetsbepaling waaruit imperatief volgt dat de aanvraag moet worden afgewezen.¹⁸ De *eenheid* waarin het vergunningenplafond wordt uitgedrukt, is doorgaans de *vergunning*. Niet altijd wordt het vergunningenplafond echter expliciet genoemd. Door een vergunning onder *beperkingen* te verlenen,¹⁹ kan namelijk ook een beperking van het aantal vergunningen worden gerealiseerd. Als de werking van een vergunning is begrensd tot een bepaald gebied, een bepaald tijdvak of een bepaalde modaliteit van de vergunde activiteit en binnen die grenzen exclusiviteit van de vergunning is gegarandeerd, kan uit deze beperkingen per vergunning het totale aantal beschikbare vergunningen worden afgeleid.²⁰

Rechten worden in deze bijdrage als *schaars* gedefinieerd indien de vraag naar rechten het aanbod aan rechten overtreft. Hiervan is niet alleen sprake indien het aantal aanvragers het aantal beschikbare rechten (vergunningen) overtreft *en* elke aanvrager slechts één vergunning kan verwerven. In algemene zin is sprake van schaarste indien de totale omvang

15 Omdat door een subsidieplafond wettelijke aanspraken op financiële middelen kunnen worden doorbroken, kan een subsidieplafond slechts bij of krachtens wettelijk voorschrift worden vastgesteld (art. 4:25 lid 1 Awb).

16 Van F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 2.

17 Zie bijvoorbeeld artikel 6 lid 1 aanhef en onder a Modelverordening speelautomatenhallen.

18 ABRvS 14 maart 2007, AB 2007, 212, m.nt. J.H. Jans, r.o. 2.7. Hiermee wordt de wetsbepaling bedoeld die het vergunningenplafond bevat.

19 Beperkingen worden in Awr 127 omschreven als begrenzingen van de vergunning naar tijd, plaats of anderszins. Het CBB heeft overwogen dat het object van de frequentievergunning het recht op gebruik van (een deel van) de frequentieruimte is; de frequenties waarop de vergunning betrekking heeft, zijn *beperkingen* waaronder de frequentievergunning wordt verleend (zie CBB 3 maart 2006, *Mediaforum* 2006, 17, m.nt. P.C. Knol, r.o. 7.2.1).

20 Dit is ook het geval indien een minimumafstand is voorgeschreven tussen twee vergunninghouders. Zie in dit verband art. 17 lid 4 Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen (Benzinewet), dat een minimumafstand van twintig kilometer tussen twee benzinestations in dezelfde rijrichting vereist. Overigens heeft deze veiling betrekking op een *privaatrechtelijk* huurrecht.

van de aanvragen het aantal beschikbare rechten overtreft.²¹ Op het moment dat het plafond aan rechten wordt vastgesteld, is nog niet met zekerheid te zeggen of en, zo ja, in welke mate de vraag het aanbod overstijgt.²² Daarom zijn de publiekrechtelijke rechten op het moment van vaststelling van het plafond slechts *potentieel* schaars. Eerst indien aanvragen zijn ingediend voor het verkrijgen van die rechten, kan worden vastgesteld of die rechten ook *actueel* schaars zijn. Alleen indien sprake is van schaarste, is *verdeling* aan de orde.²³ Hiervoor werd al opgemerkt dat met de vaststelling van het plafond een imperatieve weigeringsgrond wordt toegevoegd aan de bestaande catalogus van weigeringsgronden van een vergunningstelsel of een subsidieregeling. Deze bestaande weigeringsgronden, die imperatief of facultatief kunnen zijn geformuleerd, verliezen daarmee niet hun betekenis. Integendeel, ze gaan als minimumeisen of *toelatingscriteria* fungeren voor aanvragers om te mogen deelnemen aan de verdelingsprocedure.²⁴ Indien na toepassing van deze bestaande weigeringsgronden nog steeds sprake is van schaarste, zal met behulp van een verdelingsprocedure een *keuze* moeten worden gemaakt.

Elke verdelingsprocedure wordt gekenmerkt door een bepaald *verdelingscriterium* (of door een combinatie van meerdere verdelingscriteria). Toepassing van een verdelingscriterium houdt in dat verschillende aanvragen *met elkaar* worden vergeleken en vervolgens worden gerangschikt. Dit relatieve of vergelijkende karakter onderscheidt het verdelingscriterium van de weigeringsgronden van het vergunningstelsel of de subsidieregeling, die de toetsing van een aanvraag aan een absolute norm inhouden. Na toepassing van het verdelingscriterium kan de laatste imperatieve weigeringsgrond worden toegepast: het recht wordt geweigerd voor zover door verlening hiervan het plafond zou worden overschreden. Op welke aanvrager deze laatste, imperatieve weigeringsgrond wordt toegepast, hangt af van de uitkomst van het verdelingscriterium.

De hiervoor gegeven typering heeft betrekking op de verdeling van zogenaamde *ondeelbare* rechten. Toepassing van een verdelingscriterium leidt in die situatie tot een rangschikking van aanvragen, als gevolg waarvan sommige aanvragen worden gehonoreerd en andere afgewezen. Bij *deelbare* rechten kan toepassing van een verdelingscriterium ook tot een situatie leiden waarin alle aanvragen deels worden gehonoreerd. Met deelbare rechten wordt bedoeld dat het plafond aan rechten – in theorie althans – in oneindig kleine eenheden kan worden verdeeld. Een vergunningenplafond is doorgaans niet deelbaar: de ondergrens wordt gevormd door de eenheid waarin het plafond wordt uitgedrukt, namelijk

21 Bij een subsidieplafond zal doorgaans namelijk niet sprake zijn van een situatie waarin het aantal aanvragers het aantal beschikbare geldeenheden overtreft.

22 Art. 4:27 lid 1 Awb eist in dit verband dat het subsidieplafond wordt bekendgemaakt voor de aanvang van het tijdvak waarvoor het is vastgesteld, dus voor aanvang van het tijdvak waarbinnen aanvragen kunnen worden ingediend. De wijze van verdeling moet bij deze bekendmaking al worden vermeld (art. 4:26 lid 2 Awb).

23 Zie over deze term: Van Ommeren 2004, p. 8.

24 Als niet is voldaan aan deze minimumeisen, moet de aanvraag dus sowieso worden afgewezen.

de vergunning.²⁵ Voor een subsidieplafond daarentegen geldt iets anders, omdat het subsidieplafond niet wordt uitgedrukt in een beperkt aantal subsidies dat kan worden verleend, maar in het geldbedrag dat hoogstens kan worden verstrekt. Een subsidieplafond kan dus *in theorie* worden verdeeld tot op de geldeenheden waarin dit plafond wordt uitgedrukt. Doorgaans zal een subsidie echter als ondeelbaar recht worden verdeeld: sommige aanvragen worden volledig gehonoreerd,²⁶ terwijl andere aanvragen volledig worden afgewezen.²⁷

2.2 Voorbeelden

In deze paragraaf worden verschillende voorbeelden van de verdeling van schaarse rechten besproken. Hiermee wordt beoogd een algemeen overzicht te geven van mogelijke verdelingsprocedures. Om tot een zo volledig mogelijk overzicht te komen, worden zowel schaarse vergunningen als schaarse subsidies besproken. Binnen de categorie van schaarse vergunningen wordt nader onderscheiden tussen vergunningstelsels waarin meerdere verdelingsprocedures worden genoemd (frequentievergunning), vergunningstelsels waarin één verdelingsprocedure wordt genoemd of geïmpliceerd (concessies voor het openbaar vervoer respectievelijk mijnbouwvergunningen) en vergunningstelsels waarin geen enkele verdelingsprocedure wordt genoemd (ontheffingen voor zondagavondwinkels).²⁸ Binnen de categorie van schaarse subsidies worden twee algemene subsidieregelingen besproken die deels dezelfde en deels verschillende verdelingsprocedures bevatten.

Op grond van art. 3.3 lid 1 Telecommunicatiewet (Tw) is voor het gebruik van frequentieruimte een vergunning van de minister van EZ vereist. Deze *frequentievergunning* kan worden verleend (i) bij voorrang,²⁹ (ii) op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, (iii) door middel van een vergelijkende toets, al dan niet met inbegrip van een financieel bod, en (iv) door middel van een

25 Dit is anders als het plafond niet in het aantal vergunningen wordt uitgedrukt, maar in een achterliggende grootheid, zoals de hoeveelheid uit te stoten emissies, de oppervlakte van de beschikbare grond of de breedte van de beschikbare frequentieband voor de te vergunnen activiteit. Deze achterliggende grootheden zijn wel deelbaar, zodat ook het aantal hiervan afgeleide vergunningen kan variëren.

26 Dit betekent niet dat alle kosten worden vergoed. De subsidieregeling of de beschikking tot subsidieverstrekking zal doorgaans vermelden welke kosten tot op welke hoogte subsidiabel zijn.

27 De Aanwijzingen voor subsidieverstrekking (*Stcrt.* 2009, 20306) spreken zich niet expliciet uit over de vraag of een subsidie als deelbaar of ondeelbaar recht worden verdeeld. Wel kan de deelbaarheid van een subsidie gevolgen hebben voor het toepasselijke kader van de Aanwijzingen.

28 Met vergunningstelsel wordt hier de wettelijke regeling bedoeld waarin het verbod en de bevoegdheid tot vergunningverlening zijn neergelegd.

29 Zie art. 3.3 lid 2 Tw. Vergunningverlening bij voorrang wordt hier verder niet behandeld, maar kan worden beschouwd als een vergelijkende toets *vooraf*.

veiling.³⁰ Hoewel de Telecommunicatiewet hierover geen expliciete bepaling bevat, suggereert de vermelding van deze verdelingsprocedures dat het aantal frequentievergunningen kan worden beperkt. Immers, aan het verdelen van schaarse rechten gaat een beperking van het aantal beschikbare rechten vooraf. Op grond van de Mijnbouwwet (Mw) is voor het opsporen of winnen van delfstoffen of aardwarmte een vergunning van de minister van EZ vereist.³¹ Een dergelijke vergunning geldt voor een bepaalde activiteit (opsporen of winnen), bepaalde delfstoffen, een bepaald tijdvak en een bepaald gebied.³² De exclusiviteit van deze vergunning volgt uit de bepaling dat een vergunning moet worden geweigerd indien zij zou gaan gelden voor een activiteit, delfstof, gebied of tijdvak waarvoor reeds een vergunning is verleend.³³ Er geldt een limitatieve catalogus van weigeringsgronden.³⁴ Indien twee of meer aanvragen om een vergunning bij een beoordeling op deze gronden gelijkwaardig zijn gebleken, moet een keuze worden gemaakt in het belang van het doelmatig en voortvarend opsporen en winnen.³⁵ Bij de beoordeling van de gevolgen voor een doelmatige en voortvarende opsporing en winning kunnen onder meer worden betrokken (a) de mate waarin de aanvrager kan en wil bijdragen aan een doelmatige en voortvarende opsporing en winning van koolwaterstoffen en (b) de mogelijkheden van de aanvrager om de opsporing of winning tegen zo laag mogelijke kosten te doen plaatsvinden.³⁶

Op grond van de Winkeltijdenwet (Wtw) is het verboden op zondag een winkel voor het publiek geopend te hebben.³⁷ Niettemin kan de gemeenteraad bij verordening aan burgemeester en wethouders de bevoegdheid toekennen om een ontheffing van dit verbod te verlenen voor zogenaamde 'zondagavondwinkels'. Een ontheffing kan alleen worden verleend aan winkels die op zondag tussen 0 uur en 16 uur gesloten zijn en waar uitsluitend of hoofdzakelijk eet-

30 Zie art. 3.3 lid 4 Tw voor de laatste drie verdelingsprocedures. Inmiddels is een wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet ingediend (*Kamerstukken II* 2007/08, 31412, nr. 2), op grond waarvan zes verdelingsprocedures mogelijk zijn (zie art. 3.10). Zie uitgebreider hierover: C.J. Wolswinkel, 'De classificatie van verdelingsprocedures voor frequenties in de Telecommunicatiewet: pleidooi voor een materiële benadering', *Mediaforum* 2009-2, p. 42-51.

31 Art. 6 Mw. Verder is een vergunning vereist voor het opslaan van stoffen (art. 25 Mw), maar deze opslagvergunning blijft hier verder buiten beschouwing.

32 Art. 11 Mw.

33 Art. 7 Mw. Daarnaast moet een winningsvergunning worden geweigerd indien niet aannemelijk is dat de delfstoffen binnen het gebied waarvoor de vergunning zal gelden economisch winbaar zijn (art. 8).

34 Zie art. 8 en art. 9 lid 1 Mw.

35 Art. 9 lid 1 Mw. Er kan sprake zijn van meerdere aanvragen, omdat na de ontvangst van de eerste aanvraag een uitnodiging wordt gedaan om binnen een bepaalde termijn concurrerende aanvragen in te dienen. Zie art. 15 Mw.

36 Art. 1.3.13 Mijnbouwregeling.

37 Art. 2 Wtw.

en drinkwaren plegen te worden verkocht met uitzondering van sterke drank.³⁸ In de Modelverordening winkeltijden 2010 is de volgende weigeringsgrond opgenomen: 'De ontheffing kan worden geweigerd indien de woonsituatie of de leefsituatie, de veiligheid of de openbare orde in de omgeving van de winkel op ontoelaatbare wijze nadelig wordt beïnvloed door de openstelling van de winkel.'³⁹ Het vergunningenplafond voor ontheffingen voor zondagavondwinkels volgt uit de bepaling in de Wtw dat het aantal winkels waarvoor in de gemeente ontheffing kan worden verleend, ten hoogste één winkel per 15 000 inwoners van de gemeente kan zijn of, indien het inwonertal lager is dan 15 000, één winkel.⁴⁰ Dit aantal moet in de gemeentelijke verordening worden vastgelegd. De Wtw noch de Modelverordening winkeltijden 2010 bepaalt iets over de wijze van verdelen van deze schaarse 'zondagavondontheffingen'. Op grond van de Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) is het verboden openbaar vervoer te verrichten zonder daartoe verleende concessie. Voor verschillende modaliteiten van openbaar vervoer, zoals per bus of per trein, kunnen verschillende concessies worden verleend. De concessie geldt voor een bepaald gebied en voor een bepaald tijdvak.⁴¹ Uit de definitie van een concessie als 'het recht om met uitsluiting van anderen openbaar vervoer te verrichten in een bepaald gebied gedurende een bepaald tijdvak' volgt het schaarse karakter van deze 'vergunning'.⁴² Een concessieverlener verleent voor het openbaar vervoer, anders dan per trein, in zijn concessiegebied slechts een concessie nadat daartoe een aanbesteding is gehouden.⁴³ Op de aanbesteding van concessies voor openbaar vervoer is een aantal artikelen van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) van overeenkomstige toepassing.⁴⁴ Het besluit tot concessieverlening geschiedt (daarom) op grond van gunningscriteria nadat de geschiktheid van de vervoerders door de concessieverlener is vastgesteld.⁴⁵

38 Art. 3.3 lid 4 Wtw. Het criterium 'hoofdzakelijk' wordt opgevat als ten minste 70 % van de omzet van de winkel. Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 21963, nr. 3, p. 16.

39 Art. 6 lid 4 Modelverordening winkeltijden 2010.

40 Art. 3 lid 4 Wtw. Overigens kan de gemeenteraad er ook voor kiezen om geen zondagavondwinkels toe te staan of in elk geval minder zondagavondwinkels dan het maximum dat is toegestaan op grond van art. 3 lid 4 Wtw.

41 Zie art. 24 lid 1 en art. 25 lid 1 Wp 2000.

42 Zie art. 1 aanhef en onder 1 Wp 2000.

43 Art. 61 lid 1 Wp 2000 jo. art. 36b lid 1 Besluit personenvervoer 2000 (Bp 2000). Een concessie voor openbaar vervoer per trein kan worden verleend zonder dat daartoe een aanbesteding is gehouden (art. 64 lid 1 Wp 2000).

44 Zie art. 37 Bp 2000.

45 Art. 38 Bp 2000. De ongeschiktheid van vervoerders geldt dus als een weigeringsgrond, voordat tot onderlinge vergelijking van vervoerders kan worden overgegaan.

Als gunningscriteria kunnen alleen of de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving worden gehanteerd.⁴⁶

Op grond van de Kaderwet EZ-subsidies kan de minister van EZ subsidie verstrekken voor activiteiten die passen binnen EZ-beleidsterreinen.⁴⁷ Bij algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling moet in beginsel worden voorzien in de vaststelling van een subsidieplafond en in een regeling van de wijze van verdeling van dit subsidieplafond.⁴⁸ In art. 17 Kaderbesluit EZ-subsidies worden in dit verband vier mogelijke verdelingsprocedures onderscheiden: (a) verdeling van het subsidieplafond op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, (b) verdeling van het subsidieplafond op volgorde van de rangschikking van de aanvragen, (c) evenredige verdeling van het subsidieplafond over de ingediende aanvragen en (d) verdeling van het subsidieplafond door vaststelling van een maximumbedrag per financier.⁴⁹

Op grond van de Kaderwet LNV-subsidies kan de minister van LNV subsidie verstrekken voor activiteiten die passen binnen bepaalde LNV-beleidsterreinen.⁵⁰ Ook voor deze subsidieverstrekking geldt dat in beginsel bij algemene maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling moet worden voorzien in de vaststelling van een subsidieplafond en in een regeling van de wijze van verdeling van dit subsidieplafond.⁵¹ Op grond van de Regeling LNV-subsidies kan het beschikbare bedrag worden verdeeld (i) naar geschiktheid (art. 1:4), (ii) door loting (art. 1:5), of (iii) in volgorde van ontvangst van de aanvragen (art. 1:6), waarbij als hoofdregel geldt dat het bedrag wordt verdeeld naar geschiktheid.

Uit de beknopte omschrijving van deze zes stelsels van schaarse publiekrechtelijke rechten komt het volgende beeld naar voren. In de meeste van de hierboven besproken regelingen worden een of meerdere verdelingsprocedures genoemd, zoals verlening op volgorde van

46 Art. 54 lid 1 Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten.

47 Art. 2 lid 1 Kaderwet EZ-subsidies.

48 Art. 3 lid 3 Kaderwet EZ-subsidies. De algemene regeling van het subsidieplafond in afdeling 4.2.2 Awb schrijft niet voor hoe het beschikbare subsidiebedrag moet worden verdeeld. Art. 4:26 lid 1 Awb bepaalt slechts dat bij of krachtens wettelijk voorschrift wordt bepaald hoe het beschikbare bedrag wordt verdeeld.

49 Verdeling van het subsidieplafond door vaststelling van een maximumplafond per financier wordt toegepast bij de borgstelling voor MKB-kredieten (zie hoofdstuk 2 van de Subsidieregeling starten, groeien en overdragen van ondernemingen, *Stcrt.* 2008, 445). Deze wijze van verdeling blijft verder buiten beschouwing. Hier wordt volstaan met de opmerking dat de wijze waarop het maximumbedrag per financier wordt vastgesteld in zichzelf een verdelingsvraagstuk is waarop een van de genoemde verdelingsprocedures kan worden toegepast.

50 Art. 2 lid 1 Kaderwet LNV-subsidies.

51 Art. 4 lid 4 Kaderwet LNV-subsidies.

binnenkomst, de loting, de veiling, de vergelijkende toets en de aanbesteding.⁵² Een uitzondering hierop vormt de Mijnbouwwet, die niet een verdelingsprocedure, maar een verdelingscriterium noemt, namelijk 'het belang van het doelmatig en voortvarend winnen en opsporen'.⁵³ Het is overigens niet verwonderlijk dat, voor zover in het wettelijk voorschrift iets is bepaald over de wijze van verdeling, meestal alleen een verdelingsprocedure wordt genoemd. Indien verdelingsprocedure en verdelingscriterium onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, is namelijk niet relevant of in de wettelijke regeling de procedure of het criterium wordt genoemd. Indien die onlosmakelijke verbondenheid daarentegen ontbreekt, moet de verdelingsprocedure in lagere regelgeving vaak nog verder worden ingevuld, waarbij ook het verdelingscriterium (nader) wordt bepaald.⁵⁴

Verder is opvallend dat in het Kaderbesluit EZ-subsidies de verdeling op volgorde van rangschikking als afzonderlijke verdelingsprocedure wordt genoemd, terwijl in de Regeling LNV-subsidies bij elke genoemde verdelingsprocedure, dus ook bij een loting en bij verlening op volgorde van binnenkomst, sprake is van een rangschikking.⁵⁵ Terminologisch is deze laatste benadering zuiverder: elke verdelingsprocedure voor schaarse, ondeelbare rechten leidt tot een rangschikking van de aanvragen, waarbij de volgorde van de rangschikking afhangt van het specifieke verdelingscriterium. Overigens moet dan nog wel worden gepreciseerd hoe de rangschikking plaatsvindt op basis van het verdelingscriterium.⁵⁶

In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de diverse verdelingsprocedures en de verdelingscriteria die worden geacht hiermee verbonden te zijn.

52 Zie voor deze procedures in de literatuur bijvoorbeeld: E.E.C. van Damme, *Aanbesteding en Veilingsmechanismen*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 1997, p. 19-20, die de vergelijkende toets aanduidt als de administratieve procedure; het MDW-rapport *Veilen en andere allocatiemechanismen*, Den Haag 2002, p. 10-11, en Van Ommeren 2004, p. 9 e.v.

53 Eigenlijk is hier zelfs niet sprake van een verdelingscriterium, maar van een verdelingsdoel. Het verdelingscriterium is dat de vergunning wordt verleend aan de aanvrager die *het meest* bijdraagt aan het belang van het doelmatig en voortvarend winnen en opsporen. Verdelingsdoelen blijven in deze bijdrage buiten beschouwing, zodat de vraag welke procedure mag of moet worden toegepast bij een bepaald verdelingsvraagstuk, slechts zijdelings aan bod komt.

54 Zo moet in lagere regelgeving worden gepreciseerd welke criteria worden betrokken in de vergelijkende toets.

55 Art. 1:6 lid 2 Regeling LNV-subsidies bepaalt dat de Minister aanvragen tot subsidieverlening die in een zelfde aanvraagperiode zijn ingediend, *rangschikt* in volgorde van ontvangst, waarbij aanvragen met dezelfde ontvangstdatum worden *gerangschikt* door loting voor zover op die datum het subsidieplafond wordt overschreden. Het derde lid voegt hieraan toe dat volgens deze rangschikking de hoogst gerangschikte aanvraag het eerst voor subsidie in aanmerking komt.

56 Zo bepaalt het eerste lid van art. 1:4 Regeling LNV-subsidies dat een aanvraag hoger wordt gerangschikt naarmate de activiteit waarop deze betrekking heeft een grotere bijdrage levert aan de doelstelling van de subsidie, waarna het tweede lid bepaalt dat volgens deze rangschikking de hoogst gerangschikte aanvraag het eerst voor subsidie in aanmerking komt.

3 VERDELINGSPROCEDURES EN VERDELINGSCRITERIA

3.1 *Op volgorde van binnenkomst: tijdstip*

Bij verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen vormt het moment waarop een aanvraag is ontvangen, het verdelingscriterium.⁵⁷ Het bestuursorgaan heeft een zekere mate van vrijheid bij het vaststellen van de tijdseenheid waarin het moment van binnenkomst wordt uitgedrukt. In de jurisprudentie is bijvoorbeeld het tijdstip van binnenkomst tot op de seconde nauwkeurig als eenheid geaccepteerd.⁵⁸ Niettemin wordt in wetgeving ook regelmatig voor de dag (datum) als eenheid gekozen, zeker indien langs verschillende wegen aanvragen kunnen worden ingediend. Aanvragen die op dezelfde dag zijn binnengekomen, worden dan geacht op hetzelfde moment te zijn binnengekomen, zelfs al zou de volgorde van binnenkomst van de aanvragen wel exact kunnen worden vastgesteld. Soms wordt in aanvulling hierop bepaald dat aanvragen met dezelfde ontvangstdatum worden gerangschikt door loting.⁵⁹

Indien wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, wordt hiermee doorgaans bedoeld verdeling volgens het adagium 'wie het eerst komt, die het eerst maalt' ('first come, first served').⁶⁰ Niettemin laat de formulering 'verdeling op volgorde van binnenkomst' ook ruimte voor een verdeling waarbij de aanvraag die als laatste is ontvangen, als eerste voor honorering in aanmerking komt ('last come, first served'). Om deze mogelijkheid uit te sluiten, moet worden bepaald dat de aanvraag hoger wordt gerangschikt naarmate de (volledige)⁶¹ aanvraag eerder is ontvangen, waarna de hoogst gerangschikte aanvraag het eerst voor verlening van het recht in aanmerking komt.

Opvallend genoeg is in de literatuur opgemerkt dat de Awb impliciet uitgaat van verlening op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Het argument hiervoor zou dan moeten zijn dat de procedures in de Awb niet gericht zijn op het vergelijken van aanvragen.⁶² Niettemin moet worden bedacht dat ook bij verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen sprake is van een vergelijking, namelijk op grond van het moment van bin-

57 Hoewel in beide gevallen het tijdstip bepalend is, bestaat verschil tussen het moment van *indienen* en het moment van *binnenkomst* of *ontvangst* van de aanvraag. Zie in dit verband de toelichting op de recente wijziging van art. 9 Fb (*Stb.* 2010, 313).

58 Zie Rb 's-Hertogenbosch 21 augustus 2001, *LJN* AD3573.

59 Zie op het terrein van subsidies bijvoorbeeld art. 1:6 lid 2 Regeling LNV-subsidies. Ook voor de toekenning van nummers wordt een loting gehanteerd indien meerdere aanvragen met een gelijke voorkeur om toekenning van een bepaald nummer op dezelfde dag ter behandeling zijn ingediend (art. 4.2 lid 6 Tw).

60 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, nr. 3, p. 48.

61 De problematiek rond de mogelijkheid tot het aanvullen van een onvolledige aanvraag (art. 4:5 Awb) blijft hier verder buiten beschouwing.

62 Zie R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 205.

nenkomst van de aanvraag. Hoogstens zou men kunnen stellen dat de procedure van *verdeling* op volgorde van binnenkomst van de aanvragen niet nader hoeft te worden uitgewerkt, omdat niet noodzakelijk is dat de aanvragen *gelijktijdig* met elkaar worden vergeleken.⁶³ over elke aanvraag kan in het licht van het plafond afzonderlijk worden besloten.⁶⁴ Wellicht om deze reden lijkt in de jurisprudentie te worden aangenomen dat de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten moet plaatsvinden op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, indien verder niets over de wijze van verdeling is bepaald.⁶⁵

3.2 Loting: lotnummer

Het lotnummer kan in algemene zin worden aangemerkt als het verdelingscriterium van een loting. Hierboven bleek al dat de loting als verdelingsprocedure een rol kan spelen in aanvulling op een andere verdelingsprocedure.⁶⁶ De loting heeft dan de functie van 'afrondingsprocedure'. Met de loting als afrondingsprocedure wordt bedoeld dat met behulp van een lotnummer een keuze wordt gemaakt tussen de aanvragen die op alle overige verdelingscriteria gelijkwaardig zijn gebleken. Daarentegen fungeert de loting als zelfstandige verdelingsprocedure indien het lotnummer het enige verdelingscriterium is. Als zelfstandige verdelingsprocedure, dus niet in combinatie met een andere verdelingsprocedure, wordt de loting niet vaak gehanteerd. Voor zover dat wel het geval is, zal doorgaans elke aanvrager een gelijke kans in de loting worden toegekend op het verkrijgen

63 Evenmin is voor de toepassing van deze procedure noodzakelijk dat de omvang van de aanvragen het plafond daadwerkelijk overtreft. Deze actuele schaarste hoeft immers nog niet bekend te zijn op het moment dat wordt beslist op een afzonderlijke aanvraag. Zie in dit verband ook art. 2 lid 3 Fb, op grond waarvan frequentievergunningen op volgorde van binnenkomst worden verleend indien (vermoedelijk) geen sprake is van schaarste ten aanzien van deze vergunningen.

64 Zoals reeds is aangegeven, betekent dit niet dat aanvragers bij verdeling op volgorde van binnenkomst niet aan bepaalde minimeisen zouden moeten voldoen. Aan de toepassing van elke verdelingsprocedure gaat steeds de toetsing van een aanvraag aan de bestaande catalogus van weigeringsgronden vooraf.

65 Zie in deze zin CBB 28 april 2010, AB 2010, 186, m.nt. C.J. Wolswinkel (Speelautomatenhal Zwolle). De Verordening Speelautomatenhallen Zwolle bepaalde dat de burgemeester, alvorens te beslissen op de aanvraag voor de enige vergunning voor de exploitatie van een speelautomatenhal, de uniforme openbare voorbereidingsprocedure moest volgen. Volgens het CBB diende hieruit een systeem van volgorde van binnenkomst van aanvragen te worden afgeleid. Zie in dit verband ook art. 4.2 lid 1 Tw, op grond waarvan nummers die in een nummerplan zijn opgenomen, op aanvraag kunnen worden toegekend. Zie hierover *Kamerstukken II* 2002/03, 28851, nr. 3, p. 99: 'De hoofdregel 'toekennen op aanvraag' impliceert een verdelingsmethode van 'op volgorde van binnenkomst'. De reden dat verlening op volgorde van binnenkomst van de aanvragen bij de toekenning van nummers niet expliciet als verdelingsprocedure wordt genoemd, lijkt te zijn dat de andere verdelingsprocedures van veiling en de loting eerst bij amendement zijn toegevoegd (zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25533, nr. 49).

66 Daarnaast kan, indien meerdere schaarse rechten na elkaar worden verdeeld, door loting worden bepaald in welke volgorde deze rechten worden verdeeld. Zo kan door loting worden bepaald in welke volgorde de schaarse rechten worden geveild (zie art. 8 Benzinewet). In dat geval fungeert de loting niet als verdelingsprocedure.

van het schaarse recht. Indien een zogenaamde *gewogen* loting wordt toegepast, lopen de kansen op het verkrijgen van een schaars recht uiteen.⁶⁷

Een (schaars) voorbeeld van de loting als zelfstandige verdelingsprocedure op het terrein van subsidies vormt subsidieverstrekking aan jonge landbouwers op grond van art. 2.42 Regeling LNV-subsidies. Op het terrein van vergunningen is de verdeling van tien vergunningen voor handkokkelvisserij een voorbeeld van een zelfstandige verdeling door middel van een loting.⁶⁸

Als afrondingsprocedure komt de loting niet alleen voor bij verdeling op volgorde van binnenkomst, maar ook bij de veiling en de vergelijkende toets.⁶⁹ In de jurisprudentie wordt voor de loting als afrondingsprocedure bij de verdeling van schaarse subsidies niet het vereiste van een wettelijke grondslag gesteld; de loting is in dat geval slechts ‘een noodzakelijke nadere uitwerking’ van de voorgeschreven wijze van verdeling.⁷⁰ Deze redenering ten aanzien van de loting als afrondingsprocedure zou ook kunnen worden toegepast op de verdeling van schaarse vergunningen. Voor zover de loting echter als zelfstandige verdelingsprocedure wordt gehanteerd voor de verdeling van schaarse vergunningen, geldt – analoog aan art. 4:26 lid 1 Awb – de hoofdregel dat deze procedure expliciet moet worden vermeld bij of krachtens wettelijk voorschrift.⁷¹

Ongeacht of de loting als zelfstandige verdelingsprocedure dan wel als afrondingsprocedure wordt gehanteerd, is met de keuze voor de loting nog niet bepaald hoe de loting moet worden verricht. Hoewel een loting in beginsel zodanig moet worden ingericht dat elke aanvrager een gelijke kans heeft op het verkrijgen van het schaarse recht, zijn verschillende modaliteiten van een loting denkbaar.⁷² Een bepaling dat de hoogst gerangschikte aanvraag

67 Zie in dit verband de toelating tot numerus-fixusopleidingen op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, in het bijzonder art. 7.57c.

68 Zie hierover ABRvS 9 december 2009, L/JN BK5825.

69 Zie bijvoorbeeld art. 22 lid 2 Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor PAMR, *Stcrt.* 2005, 169, respectievelijk art. 28 lid 5 Regeling aanvraag en vergelijkende toets vergunningen commerciële radio-omroep 2003, *Stcrt.* 2003, 40.

70 Zie voor deze aanduiding: ABRvS 18 juli 2007, AB 2008, 28, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden onder AB 2008, 29. In deze zaak was verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen de voorgeschreven wijze van verdeling.

71 Zo wordt in art. 3.3 lid 4 Tw de loting bewust niet genoemd als verdelingsprocedure voor frequentievergunningen en is toepassing van de loting als zelfstandige verdelingsprocedure daarmee uitgesloten. Zie hierover *Kamerstukken II* 1997/98, 25533, nr. 5, p. 42.

72 In de toelichting op art. 15 Regeling veilingprocedure en lotingprocedure nummers (*Stcrt.* 2004, 172) worden als voorbeelden van loting genoemd het trekken van enveloppen en het koppelen van de deelnemers aan een cijfer waarna de cijfers worden getrokken.

het eerst voor subsidie in aanmerking komt, is dus zonder betekenis zolang niet duidelijk is op welke wijze de loting wordt verricht en de rangschikking vervolgens plaatsvindt.⁷³

3.3 *Veiling: financieel bod*

In de relevante wetgeving, in het bijzonder in de Telecommunicatiewet, wordt de *veiling* niet gedefinieerd.⁷⁴ Niettemin volgt duidelijk uit de wetsgeschiedenis van de Telecommunicatiewet dat het verdelingscriterium betrekking heeft op een financieel bod van de aanvrager.⁷⁵ Hoewel dit bod doorgaans wordt uitgedrukt in een bepaalde geldeenheid,⁷⁶ komen inmiddels ook veilingen voor waarin niet een geldbedrag wordt geboden, maar het aantal vergunningen dat een aanvrager tegen een bepaald vastgesteld geldbedrag wil verwerven.⁷⁷ Er is dus sprake van een veiling, zolang de bieding *verband* houdt met een bepaald geldbedrag.

Op basis van de geldbedragen die worden geboden door de aanvragers, worden twee regels toegepast: een verdelingsregel en een betalingsregel. Een mogelijke toepassing is dat de vergunning wordt toegekend aan de aanvrager die het hoogste bedrag heeft geboden (verdelingsregel) tegen betaling van dit bedrag door die aanvrager (betalingsregel). Een andere toepassing is dat de vergunning wordt toegekend aan de aanvrager die het hoogste bedrag heeft geboden (verdelingsregel) tegen betaling door deze aanvrager van het op een na hoogste bedrag dat is geboden door een andere aanvrager (betalingsregel).⁷⁸

73 Art. 16 Regeling aanmelding en selectie hoger onderwijs bepaalt dat de loting geschiedt door een notaris (lid 1) en dat de notaris aan iedere gegadigde een willekeurig lotnummer toekent (lid 2). Zie over het begrip 'willekeurig' ABRvS 25 september 2002, *LJN* AE8011, en ABRvS 8 juni 2005, *LJN* AT6974, waaruit blijkt dat een lotingmethode waarbij de oorspronkelijke alfabetische volgorde in zekere zin een rol blijft spelen, 'voldoende willekeurig' is in de zin van de Regeling. Art. 19 lid 2 van deze Regeling bepaalt dat het aantal beschikbare plaatsen wordt toegewezen aan de gegadigden met de laagste lotnummers, indien het aantal beschikbare plaatsen in een lotingsklasse kleiner is dan het aantal gegadigden in die lotingsklasse.

74 In art. 1 lid 1 aanhef en onder jja Wtv werd de veiling gedefinieerd als 'een gelegenheid waarbij eenieder die voldoet aan door onze Minister vast te stellen eisen, de mogelijkheid heeft te bieden, af te mijnen of in te schrijven op het recht om een of meer radio-frequenties te gebruiken'. In deze definitie worden bieden, afmijnen en inschrijven weliswaar naast elkaar geplaatst, maar er wordt niet gespecificeerd *waarop* de bieding, afmijning of inschrijving betrekking heeft.

75 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1994/95, 24095, nr. 2, p. 7.

76 Zie bijvoorbeeld art. 24 en bijlage V Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 2,6 GHz, *Stcrt.* 2009, 15836.

77 Zie in dit verband art. 19 lid 5 Regeling aanvraag- en veilingprocedure 2,6 GHz: 'Een bieding in een primaire biedronde ziet op het aantal vergunningen waarop een deelnemer biedt gelet op de in die biedronde geldende rondeprijs voor die vergunningen [...]'.

78 Dit staat bekend als een 'first price'- respectievelijk 'second price'-veiling. Zie voor eerstgenoemde veiling: art. 17 Regeling aanvraagprocedure en veiling gebruiksrecht frequentieruimte voor PAMR. Zie voor laatstgenoemde veiling: art. 7 lid 15 Beleidsregels veilingreglement voor bedrijfsnummers: 'De deelnemer die het hoogste bod heeft uitgebracht, is een bedrag verschuldigd dat gelijk is aan het op één na hoogste uitgebrachte bod.' Verder kan een veiling bestaan uit één ronde of uit meerdere rondes.

Totnogtoe wordt alleen in de Telecommunicatiewet de veiling als verdelingsprocedure voor de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten vermeld. Deze vermelding gaat gepaard met een scherpe afbakening van de veiling ten opzichte van de vergelijkende toets: een financieel bod kan geen deel uitmaken van een vergelijkende toets.⁷⁹ Benadrukt moet worden dat deze scherpe afbakening wordt afgeleid uit het wettelijk systeem van de Telecommunicatiewet, waarin beide verdelingsprocedures *naast elkaar* worden genoemd. De veiling van schaarse subsidies lijkt op het eerste gezicht niet mogelijk: subsidieverstrekking leidt tot een financiële aanspraak in plaats van een financiële verplichting van de ontvanger. Als echter voor de kwalificatie van een verdelingsprocedure als veiling uitsluitend van belang is of een geboden geldbedrag het vergelijkingscriterium vormt,⁸⁰ dan kan ook worden gesproken van de veiling van subsidies, namelijk door middel van een omgekeerde veiling ('reversed auction'): niet de hoogst geboden prijs, maar de laagst geboden prijs is bepalend voor subsidieverstrekking.⁸¹

3.4 *Vergelijkende toets: overige verdelingscriteria*

Kenmerkend voor deze eerste drie verdelingsprocedures is dat deze procedures bij vrijwel elke verdeling van schaarse rechten kunnen worden toegepast. Er is dus sprake van universele verdelingscriteria. Verlening van schaarse rechten op volgorde van binnenkomst van de aanvragen veronderstelt alleen een *aanvraag*.⁸² Een loting veronderstelt alleen dat aan de deelnemers een lotnummer (in ruime zin) wordt toegekend; een inhoudelijke vergelijking is niet aan de orde. Een veiling veronderstelt ten slotte dat deelnemers bereid zijn een *geldbedrag* te betalen voor het recht. Deze 'willingness to pay' kan in het algemeen aanwezig worden geacht vanwege het *schaarse* karakter van het *recht*.

In ruimste zin is elke verdelingsprocedure een vergelijkende toets: steeds moeten aanvragen onderling worden vergeleken vanwege de aanwezigheid van een plafond.⁸³ Het enige verschil tussen de diverse verdelingsprocedures is het element waarop de vergelijking plaatsvindt: het moment van binnenkomst, het lotnummer, het financiële bod of een ander verdelings-

79 *Kamerstukken II* 2000/01, 27607, nr. 3, p. 2. Dit is uiteraard niet het geval voor de vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod.

80 Dus ongeacht de vraag of de aanvraag met het hoogste dan wel het laagste financiële bod het hoogst wordt gerangschikt en ongeacht de vraag of dit geldbedrag wordt betaald dan wel aangevraagd.

81 Deze verdelingsprocedure is gehanteerd in de Regeling windenergie op zee 2009, *Stcrt.* 2009, 17851, waarin is gekozen voor verdeling op volgorde van rangschikking. Het enige vergelijkingscriterium is het geboden tenderbedrag: een aanvraag wordt hoger gerangschikt naarmate het tenderbedrag per kWh lager is (zie art. 60 lid 1 aanhef en onder a Besluit stimulering duurzame energieproductie).

82 In de definitie van een subsidie wordt een aanvraag verondersteld, terwijl ook de vergunning soms wordt gedefinieerd als een beschikking *op aanvraag* (zie bijvoorbeeld het rapport *Vergunningen* van de Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II* 1995/96, 24656, nrs. 1-2, p. 11).

83 Men zou ook kunnen zeggen dat elke verdelingsprocedure in zekere zin een veiling is.

criterium. In ruime zin kan een vergelijkende toets daarom worden gedefinieerd als een verdelingsprocedure waarbinnen aanvragen onderling worden vergeleken, anders dan op basis van het moment van binnenkomst, het lotnummer of het financiële bod. Uit deze negatieve definitie volgt dat de term ‘vergelijkende toets’ alle verdelingsprocedures omvat die niet als verdeling op volgorde van binnenkomst, loting of veiling kunnen worden gekwalificeerd.⁸⁴ Uit de term ‘vergelijkende toets’ volgt echter niet welk verdelingscriterium wel moet of mag worden gehanteerd. Om deze reden wordt hier aan de neutrale term ‘vergelijkende toets’ de voorkeur gegeven boven meer gekleurde synoniemen als kwalitatieve selectie, tender of *beauty contest*.⁸⁵ Zodra de vergelijkingscriteria die worden gehanteerd in een bepaalde vergelijkende toets, in positieve zin zijn gespecificeerd, is sprake van een vergelijkende toets in enge zin.

Omdat in regelgeving de term ‘vergelijkende toets’ alleen in de Telecommunicatiewet voorkomt, is opvallend dat het CBB, zonder dat het wettelijk kader hiertoe aanleiding gaf maar mogelijk hiertoe geïnspireerd door zijn eigen jurisprudentie over de Telecommunicatiewet of door de meer algemene literatuur over schaarse vergunningen,⁸⁶ de handelwijze van een bestuursorgaan bij de verdeling van andere schaarse vergunningen meermalen heeft gekwalificeerd als de keuze voor een vergelijkende toets.⁸⁷ Deze procedures hadden niet gemeenschappelijk dat de verdelingscriteria identiek waren, maar hooguit dat de verdelingscriteria geen betrekking hadden op het moment van binnenkomst van de aanvraag, een lotnummer of een geboden geldbedrag. Juist doordat het verdelingscriterium niet vooraf wordt gespecificeerd, kan dus ook aan de vergelijkende toets een universele betekenis als verdelingsprocedure worden toegekend.

Voor deze kwalificatie van een verdelingsprocedure als vergelijkende toets is dus niet van belang op basis van welke criteria de vergelijking wordt uitgevoerd, zolang de *inhoudelijke*⁸⁸ vergelijking maar niet afhangt van een *financieel* bod. Evenmin is van belang op welke

84 Dit is ook het geval voor de verdeling in volgorde van rangschikking zoals genoemd in art. 17 lid 1 aanhef en onder b Kaderbesluit EZ-subsidies: het verdelingscriterium aan de hand waarvan de rangschikking plaatsvindt, wordt niet genoemd.

85 Zie voor de term ‘tenderprocedure’: *Kamerstukken II* 1996/97, 25533, nr. 3, p. 80. Deze procedure wordt omschreven als de procedure waarbij kandidaten kunnen worden opgeroepen om offertes in te dienen, waarna aan de hand van tevoren vastgestelde selectiecriteria het beste plan wordt gehonoreerd. Dezelfde omschrijving wordt elders gebruikt voor de ‘openbare aanbesteding’ (*Kamerstukken II* 1994/95, 24095, nr. 2, p. 7). Zie voor de gelijkstelling tussen ‘beauty contest’ en vergelijkende toets bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2001/02, 24036, nr. 254, p. 2. Zie voor een duidelijke illustratie van spraakverwarring tussen de verschillende begrippen: *Handelingen II* 1996/97, 63, p. 4577.

86 Zie bijvoorbeeld Van Ommeren 2004.

87 Zie op het terrein van speelautomatenhallen CBB 28 april 2010, AB 2010, 186, m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 6.3, en eerder CBB 19 december 2007, JB 2008, 67, r.o. 5.4: ‘Verweerder heeft de enige beschikbare vergunning verleend op basis van een vergelijking tussen de verschillende aanvragen, de zogenoemde vergelijkende toets.’ Zie op het terrein van ontheffingen voor zondagavondwinkels CBB 8 januari 2010, AB 2010, 73, m.nt. I. Sewandono, JB 2010, 75, m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 6.3.

88 Hiermee worden de loting en verlening op volgorde van binnenkomst van de aanvragen uitgesloten.

wijze de verschillende aanvragen zijn ingediend. Enerzijds is mogelijk dat het bestuursorgaan voordat aanvragen worden ingediend, bekendmaakt dat binnen een bepaald tijdvak aanvragen kunnen worden ingediend.⁸⁹ Anderzijds is mogelijk dat het bestuursorgaan na de ontvangst van de eerste aanvraag anderen in de gelegenheid stelt om ook binnen een bepaalde termijn een aanvraag in te dienen.⁹⁰ In beide gevallen volgt namelijk bij meerdere (geschikte) aanvragen een inhoudelijke vergelijking tussen deze aanvragen en is dus sprake van een vergelijkende toets.

De verdeling van vergunningen voor het opsporen of winnen van delfstoffen moet daarom eveneens worden gekwalificeerd als een vergelijkende toets.⁹¹ In art. 9 Mijnbouwwet wordt niet een verdelingsprocedure maar een verdelingscriterium genoemd: indien meerdere aanvragen gelijkwaardig zijn gebleken, moet een keuze worden gemaakt op basis van het verdelingscriterium van 'het belang van het doelmatig en voortvarend winnen en opsporen'. Het is duidelijk dat dit verdelingscriterium geen verlening op volgorde van binnenkomst, door middel van een loting of door middel van een veiling inhoudt.⁹²

Als een vergelijkende toets moet worden toegepast, is hiermee nog niet gezegd welk verdelingscriterium dan wel moet worden toegepast. Hier wordt volstaan met enkele algemene opmerkingen over de verdeling van schaarse vergunningen. De belangen die het vergunningstelsel beoogt te beschermen, komen (mede) tot uitdrukking in de bestaande catalogus van weigeringsgronden. Bij de keuze van de verdelingscriteria kan daarom aansluiting worden gezocht bij de weigeringsgronden van dit vergunningstelsel. Uiteraard mag herformulering van een weigeringsgrond als verdelingscriterium niet ertoe leiden dat niet meer wordt voldaan aan de weigeringsgrond als minimumeis.⁹³

89 Dit is het systeem van de vergelijkende toets onder de Telecommunicatiewet, van de aanbesteding onder de Wet personenvervoer 2000 en van subsidieverstreking naar geschiktheid.

90 Zie hiervoor het systeem van de Mijnbouwwet en CBB 8 januari 2010, AB 2010, 73, m.nt. I. Sewandono, JB 2010, 75, m.nt. C.J. Wolswinkel.

91 Procedures naar aanleiding van vergunningverlening op grond van de Mijnbouwwet komen niet bij het CBB, maar bij de Afdeling terecht. De vraag is daarom of de Afdeling dezelfde terminologie zal hanteren.

92 Het is niet mogelijk om dit verdelingscriterium te concretiseren in de hoogte van een financieel bod dat door de aanvrager wordt uitgebracht. Art. 5 lid 1 Richtlijn 94/22/EG (PbEG L 164), die aan deze regeling in de Mijnbouwwet ten grondslag ligt, biedt namelijk de mogelijkheid om een prijs te vragen voor een vergunningen. In de Mijnbouwwet is deze mogelijkheid uiteindelijk bewust nog niet opgenomen. Overigens bevatte het wetsvoorstel zoals voor advies toegestuurd aan de Raad van State, nog wel een bepaling over het 'veilen' van mijnbouwvergunningen. Zie hierover *Kamerstukken II* 1998/99, 26219, nr. A, p. 3-5. Zie vervolgens ook hierover: *Kamerstukken II* 1998/99, 26219, nr. 7, p. 30, en *Kamerstukken II* 2000/01, 26219, nr. 12, p. 41-43.

93 Zie CBB 19 december 2007, JB 2008, 67.

De ontheffing voor zondagavondwinkels kan worden geweigerd indien de woonsituatie of de leefsituatie, de veiligheid of de openbare orde in de omgeving van de winkel *op ontoelaatbare wijze nadelig* wordt beïnvloed door de openstelling van de winkel. In aansluiting op deze weigeringsgrond kan worden bepaald dat de ontheffing voor zondagavondwinkels wordt verleend aan de aanvrager voor wie geldt dat de woonsituatie of de leefsituatie, de veiligheid en de openbare orde in de omgeving van de winkel *het minst nadelig* worden beïnvloed door de openstelling van de winkel.⁹⁴ Het *absolute* criterium (of de minimumeis) van de ontoelaatbare overlast wordt dan geherformuleerd tot het *relatieve* criterium (of het vergelijkingscriterium) van de minste overlast.

Hiertegenover kan worden gesteld dat indien een maximumstelsel wordt gerechtvaardigd op grond van een bepaald belang dat het vergunningstelsel beoogt te beschermen,⁹⁵ dit belang vervolgens niet meer kan worden gehanteerd bij de verdeling van die schaarse vergunningen. Immers, op basis van dat belang kan hoogstens een beperkt aantal vergunningen worden verleend, maar het belang bepaalt niet aan wie deze schaarse vergunningen vervolgens moeten worden verleend. Het belang is dus als het ware ‘uitgespeeld’. Simon spreekt in dit verband over een ‘secundaire’ belangenafweging, waarbij juist andere criteria dan de bestaande weigeringsgronden moeten worden betrokken.⁹⁶

Enerzijds kan dus worden betoogd dat indien de weigeringsgronden niet tot weigering van de vergunning kunnen leiden, deze gronden niet alsnog kunnen worden gehanteerd in een onderlinge vergelijking tussen aanvragen. Anderzijds kan worden betoogd dat bij de keuze van verdelingscriteria juist aansluiting moet worden gezocht bij deze weigeringsgronden, omdat andere belangen of gronden niet relevant (mogen) zijn voor de verlening van de vergunning. Hoewel de tweede benadering in de jurisprudentie de betere papieren lijkt te hebben,⁹⁷ geldt de eerste benadering voor een specifieke vorm van de vergelijkende toets, namelijk de aanbesteding.

94 Zie CBB 8 januari 2010, AB 2010, 73, m.nt. I. Sewandono, JB 2010, 75, m.nt. C.J. Wolswinkel. Zie in dit verband ook *Kamerstukken I* 2009/10, 31728, nr. C, p. 11-12.

95 Zie bijvoorbeeld ARRvS 15 oktober 1986, AB 1987, 382, m.nt. JHvdV: als een vergunningstelsel wordt gehanteerd ter bescherming van de openbare orde, dan kan een maximumstelsel uitsluitend worden gerechtvaardigd door dat belang van de bescherming van de openbare orde.

96 Zie de annotatie van H.J. Simon onder Pres. Rb. Amsterdam 30 maart 1990, AB 1991, 58. Zie ook de annotatie van H.J. Simon en H. Gieske onder Vz. ARRvS 2 juli 1990, AB 1991, 278.

97 Zie bijvoorbeeld CBB 22 maart 1995, *Mediaforum* 1995-4, B57-B64. In Vz. ARRvS 2 juli 1990, AB 1991, 278, m.nt. H.J. Simon en H. Gieske, wordt overwogen dat ook de wijze van verdeling (naast het maximumstelsel zelf) verenigbaar dient te zijn met (het stelsel van) de regeling. Kennelijk moet dus ook bij de wijze van verdeling aansluiting worden gezocht bij de belangen die het vergunningstelsel beoogt te beschermen.

3.5 *Aanbesteding*

Vanuit het perspectief van het verdelingscriterium is het niet zinvol om de aanbesteding als afzonderlijke verdelingsprocedure te onderscheiden.⁹⁸ Het verdelingscriterium (gunningscriterium) in een aanbesteding is namelijk of de economisch meest voordelige inschrijving⁹⁹ of alleen de laagste prijs.¹⁰⁰ Voor zover uitsluitend de laagste prijs als verdelingscriterium wordt gehanteerd, is sprake van een (omgekeerde) veiling. Overigens is het ook mogelijk dat een 'gewone' veiling wordt gehanteerd in de zin dat een concessie, bijvoorbeeld voor het verrichten van openbaar vervoer, wordt verleend aan de aanvrager die het hoogste financiële bod heeft uitgebracht.¹⁰¹ Voor zover geen enkel subcriterium voor de vaststelling van de economisch meest voordelige inschrijving betrekking heeft op de prijs, is sprake van een vergelijkende toets. Doorgaans zal bij de verlening van een concessie voor openbaar vervoer door middel van een aanbesteding op grond van de economisch meest voordelige inschrijving echter sprake zijn van een combinatie van prijs en kwaliteit (in de meest ruime zin). In dat geval is de aanbesteding een combinatie van een veiling en een vergelijkende toets.

Hoewel het vanuit het perspectief van het *verdelingscriterium* niet zinvol is om de aanbesteding als afzonderlijke verdelingsprocedure aan te merken, betekent dit niet dat de kwalificatie van een aanbesteding als een bijzondere vergelijkende toets¹⁰² zonder betekenis is. Ten eerste vereist het verdelingscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving dat de criteria aan de hand waarvan dit wordt vastgesteld, verband houden met het *voorwerp* van de opdracht. Hoewel de concessieverlener beschikt over een grote mate van vrijheid bij de keuze van deze criteria, wordt deze vrijheid niettemin tot op zekere hoogte begrensd bij een aanbesteding.¹⁰³ Ten tweede mogen in een aanbesteding zogenaamde selectiecriteria (weigeringsgronden) in beginsel niet als gunningscriteria (verdelingscriteria) worden toegepast.¹⁰⁴ Concessies moeten immers worden verleend op basis

98 Zie in deze zin ook het MDW-rapport *Veilen en andere allocatiemechanismen* 2002, p. 27.

99 In een niet-limitatieve opsomming worden als mogelijke criteria bij de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving genoemd: de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukekenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering.

100 Volgens E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 419, geldt de laagste prijs als verdelingscriterium indien vooraf geen keuze wordt gemaakt tussen een van beide criteria.

101 Art. 25 lid 1 Wp 2000 bepaalt dat een concessie de prijs bevat die de concessiehouder betaalt voor de concessie. Zie in dit verband *Kamerstukken II 1999/2000*, 27216, nr. 3, p. 3: 'In een procedure van aanbesteding kunnen de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbieder dan wel de hoogste door de vervoerder te betalen prijs als gunningscriteria worden gehanteerd.'

102 Uiteraard voor zover de economisch meest voordelige inschrijving als verdelingscriterium wordt gehanteerd.

103 Zie Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys 2009, p. 418.

104 Zie hierover ook C.J.C.M. Bartels en A.C.M. Fischer-Braams, 'Onderscheid selectie- en gunningscriteria', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2008, p. 328-332, en S. Treumer, 'The distinction between selection and award

van een of meerdere gunningscriteria, *nadat* de geschiktheid van de inschrijvers is gecontroleerd. Als gunningscriteria zijn daarom uitgesloten criteria die er niet toe strekken om de economisch voordeligste aanbidding vast te stellen, maar die *in wezen* verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht (concessie) uit te voeren.¹⁰⁵

3.6 Verdeling van deelbare rechten

Aan het begin van deze bijdrage is een onderscheid gemaakt tussen ondeelbare en deelbare rechten. Deelbare rechten kunnen worden verdeeld als ondeelbare rechten, in welk geval de eerder genoemde verdelingsprocedures kunnen worden onderscheiden. Daarnaast kan soms worden gekozen voor een *evenredige* verdeling van deze deelbare rechten over de ingediende aanvragen.¹⁰⁶ Dit kan opportuun zijn als het beleidsmatig wenselijker is dat alle aanvragers een (wellicht geringer) bedrag aan subsidie ontvangen dan dat bepaalde aanvragers meer en andere aanvragers helemaal geen subsidie ontvangen.¹⁰⁷ Doorgaans zal deze verdelingsprocedure echter niet worden gevolgd, omdat een gedeeltelijke honoreringsertoe kan leiden dat geen enkele aanvrager de vergunde of subsidiabele activiteit zal verrichten.¹⁰⁸

Een schaars voorbeeld van de evenredige verdeling¹⁰⁹ is in dit verband de Subsidieregeling vorming en scholing raadsleden. Op grond van deze regeling wordt op aanvraag subsidie verstrekt aan een politieke partij voor de kosten van vorming en scholing van raadsleden en kandidaat-raadsleden (art. 2 lid 1). De subsidie bestaat uit een bedrag per raadszetel van de politieke partij (art. 5 lid 1). Het bedrag per raadszetel wordt berekend door € 400.000 te delen door het totale aantal raadszetels van de politieke partijen die tijdig subsidie hebben aangevraagd (art. 5 lid 2).¹¹⁰

criteria in EC public procurement law – a rule without exception?', *Public Procurement Law Review* 2009, p. 103-111.

105 HvJ EG 24 januari 2008, zaak C-532/06, *Jur.* 2008, p. I-00251, punt 30 (*Lianakis*); HvJ EG 12 november 2009, zaak C-199/07, *Jur.* 2009, p. I-10669, punt 55 (*Commissie / Griekenland*).

106 Zie bijvoorbeeld art. 17 lid 1 aanhef en onder c Kaderbesluit EZ-subsidies.

107 Zie de nota van toelichting bij het Kaderbesluit EZ-subsidies, *Stb.* 2009, 499, p. 37.

108 Overigens is de evenredige verdeling niet de enige verdelingsprocedure die mogelijk is bij de verdeling van rechten als deelbare rechten.

109 Een ander voorbeeld biedt de Tegemoetkomingsregeling oogstschade 2002, *Stcrt.* 2006, 23.

110 *Stcrt.* 2009, 100. Deze regeling is overigens niet gebaseerd op het Kaderbesluit EZ-subsidies. In het jaar 2009 werd door 151 politieke partijen subsidie een geldige aanvraag ingediend voor in totaal 7610 raadsleden. Dit resulteerde in een – naar boven afgerond – subsidiebedrag van € 53 per raadslid. Zie hierover *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 862.

Een evenredige verdeling staat niet gelijk aan een *gelijke* verdeling van subsidiegelden over alle aanvragers. Van een gelijke verdeling is sprake indien elke aanvrager hetzelfde subsidiebedrag ontvangt; er is dus sprake van absolute gelijkheid.¹¹¹ Bij een evenredige verdeling is daarentegen slechts sprake van relatieve gelijkheid. De gelijke verdeling kan wel worden beschouwd als een bijzondere vorm van een evenredige verdeling. Indien kan worden gekozen voor een evenredige verdeling, kan dus in het bijzonder worden gekozen voor een gelijke verdeling.

Niet alleen schaarse subsidies, maar ook andere schaarse, deelbare rechten kunnen evenredig worden verdeeld, al dan niet in combinatie met een andere verdelingsprocedure.¹¹²

Soms lijkt de evenredige verdeling prioriteit te krijgen boven andere verdelingsprocedures waarin deelbare rechten als ondeelbare rechten worden verdeeld, zoals bij de verdeling in volgorde van de omvang van de aanvraag. Volgens deze laatste wijze van verdeling, die feitelijk neerkomt op een vergelijkende toets met als verdelingscriterium de omvang van de aanvraag,¹¹³ komt een aanvrager eerder voor subsidieverstreking of verlening van die rechten in aanmerking, naarmate een hoger subsidiebedrag of een groter aantal rechten wordt aangevraagd. Volgens het CBB valt voor een dergelijke verdeling op volgorde van de grootste hoeveelheid zonder nadere motivering geen toereikende verklaring te geven. Hierbij overweegt het CBB dat een keuze waarbij zou worden uitgegaan van een *pro rata* verdeling op het eerste gezicht meer voor de hand lijkt te liggen.¹¹⁴

3.7 Combinaties van verdelingscriteria?

Nu diverse afzonderlijke verdelingsprocedures zijn geïdentificeerd, rijst de vraag in hoeverre deze verdelingsprocedures met elkaar kunnen worden gecombineerd. Volgens het CBB sluit de keuze voor een vergelijkende toets het verlenen van een ontheffing (vergunning) met inachtneming van het criterium 'wie het eerst komt, die het eerst maalt' *ten principale*

111 Deze gelijke verdeling staat weer *niet* gelijk aan een verdeling waarbij alle aanvragers die – gelet op het subsidieplafond – voldoende hoog zijn gerangschikt op basis van een bepaald verdelingscriterium, een identiek subsidiebedrag ontvangen en de overige aanvragen worden afgewezen (zie in dit verband de Subsidieregeling stimulerende totstandkoming arbeidscatalogi, *Stcrt.* 2007, 138).

112 Onlangs zijn vier miljoen emissierechten geveild volgens de zogenaamde 'Dutch Direct Carbon Auction'. Onder de marktpartijen die de zogenaamde 'cut-off price' hadden geboden, werden de emissierechten naar *evenredigheid* van de omvang van de biedingen verdeeld. Zie het document 'Dutch Direct Carbon Auction. Rules and principles' (http://www.dst.nl/Onderwerpen/CO2_veilingen).

113 Voor zover wordt betoogd dat bij deze verdeling geen sprake is van een *inhoudelijke* vergelijking, zou deze wijze van verdeling als een afzonderlijke verdelingsprocedure kunnen worden aangemerkt.

114 CBB 1 augustus 2007, *JB* 2007, 215. In deze zaak ging het om de overdracht van premierechten voor zoektochten.

uit.¹¹⁵ Zelfs het toekennen van *enige* betekenis aan het moment van de binnenkomst van de aanvragen is daarmee uitgesloten.

Een zinvolle hoofdregel zou naar mijn mening zijn dat de keuze in een wettelijke regeling voor een bepaalde verdelingsprocedure de toepassing van een verdelingscriterium dat hoort bij een andere verdelingsprocedure uitsluit, tenzij een combinatie van verdelingsprocedures expliciet is toegestaan.¹¹⁶ Als dus in een wettelijke regeling de vergelijkende toets en de veiling, die beide een gelijktijdige, inhoudelijke vergelijking veronderstellen, naast elkaar als verdelingsprocedures worden genoemd, is toepassing van het financiële bod als verdelingscriterium in een vergelijkende toets uitgesloten, tenzij een combinatie, namelijk een vergelijkende toets met inbegrip van een financieel bod, expliciet is toegestaan.¹¹⁷ Deze vergelijkende toets mag echter niet zodanig worden ingericht dat uitsluitend het financiële bod als verdelingscriterium fungeert. In dat geval zou de vergelijkende toets zich namelijk niet meer onderscheiden van de veiling.¹¹⁸ Toepassing van het financiële bod in de vergelijkende toets is verder uitgesloten indien de veiling bewust niet is opgenomen in de wettelijke regeling naast de vergelijkende toets.¹¹⁹ Als daarentegen alleen de vergelijkende toets (onder welke benaming dan ook) wordt genoemd en het financiële bod niet bewust is uitgesloten, bestaat mogelijk nog wel enige ruimte om alsnog een financieel bod als verdelingscriterium te betrekken in de vergelijkende toets.¹²⁰

Voor de loting geldt deze hoofdregel niet onverkort. Kenmerkend voor een loting is namelijk dat deze verdelingsprocedure per definitie leidt tot een verdeling. Om die reden wordt de loting soms als afrondingsprocedure gehanteerd, namelijk indien toepassing van het eigenlijke verdelingscriterium niet leidt tot een (volledige) verdeling. De loting wordt in een dergelijk geval beschouwd als een ‘noodzakelijke nadere uitwerking’ van de eigenlijke verdelingsprocedure. Een financieel bod lijkt daarentegen als afrondingsprocedure niet

115 CBB 8 januari 2010, AB 2010, 73, m.nt. I. Sewandono, JB 2010, 75, m.nt. C.J. Wolswinkel, r.o. 6.2.2. Overigens is niet helemaal duidelijk of het CBB zich met deze overweging in algemene en principiële zin heeft willen uitspreken over het onderscheid tussen de vergelijkende toets en verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen.

116 Aanvankelijk werd gesteld dat combinaties van verdelingsprocedures onder de Telecommunicatiewet wel waren toegestaan (*Kamerstukken II* 1997/98, 25533, nr. 5, p. 42), maar later werd juist verdedigd dat deze verdelingsprocedures niet in combinatie met elkaar kunnen worden toegepast, omdat ze daarvoor te zeer verschillend van aard zijn (*Kamerstukken II* 2000/01, 27607, nr. 6, p. 6).

117 Als wordt gekozen voor een aanbesteding, is een combinatie van een financieel bod met andere verdelingscriteria sowieso toegestaan, mits deze criteria bijdragen aan de vaststelling van de economisch meest voordelige inschrijving.

118 *Kamerstukken II* 2000/01, 27607, nr. 6, p. 11.

119 Zie art. 9 Mijnbouwwet. Dit brengt mee dat het criterium van het *doelmatig* winnen en opsporen van delfstoffen niet kan worden geoperationaliseerd in het verdelingscriterium van de hoogte van het financiële bod.

120 Zie in dit verband CBB 22 maart 1995, *Mediaforum* 1995-5, B57-B64.

toegestaan indien dit niet expliciet mogelijk is gemaakt, terwijl ook verdeling op volgorde van binnenkomst lijkt uitgesloten als verdelingscriterium in een afrondingsprocedure.¹²¹

De uitsluiting van bepaalde criteria als verdelingscriteria betekent niet dat deze criteria niet als toelatingscriterium mogen worden gehanteerd.¹²² Bij de loting is dit overigens niet goed voorstelbaar, omdat een loting sowieso leidt tot een verdeling. Het moment van ontvangst van de aanvraag kan daarentegen binnen elke andere verdelingsprocedure als toelatingscriterium worden gehanteerd. Dit betekent dat een aanvraag wordt geweigerd indien deze niet binnen een bepaald tijdvak is ingediend.¹²³

De prijs als toelatingscriterium in plaats van verdelingscriterium heeft in de Telecommunicatiewet vorm gekregen in het zogenaamde ‘financieel instrument’ van art. 3.3a Tw. Het financieel instrument kan worden toegepast als eenmalig of als periodiek bedrag. Het CBB heeft overwogen dat het financiële bod in een vergelijkende toets een andere functie heeft dan het financieel instrument, zodat beide instrumenten bij dezelfde vergunningverlening kunnen worden toegepast. Het eenmalig bedrag dient namelijk als een drempel om te voorkomen dat iedereen aan de vergelijkende toets deelneemt en zodoende een vergunning zou kunnen bemachtigen. Het financieel bod daarentegen heeft een functie binnen de vergelijkende toets zelf en dient als een objectief criterium om een verdeling te kunnen aanbrengen tussen verschillende aanvragen die gelijk zijn geëindigd na de eerste vergelijking van de aanvragen op inhoudelijke criteria.¹²⁴

In het algemeen brengt de uitsluiting van een bepaalde verdelingsprocedure dus niet noodzakelijk mee dat het verdelingscriterium waardoor die verdelingsprocedure wordt gekenmerkt, niet meer als toelatingscriterium kan worden gehanteerd. Evenmin impliceert de keuze voor een bepaald verdelingscriterium dat dit criterium ook als toelatingscriterium mag worden gehanteerd.

121 Zelfs in de gevallen waarin de toepassing van de vergelijkende toets wordt geïnitieerd door de indiening van de eerste aanvraag (zoals in de Mijnbouwwet), mag het initiatief van de eerste aanvrager dus niet worden beloond indien de aanvragen overigens gelijkwaardig zijn.

122 Zie het einde van § 2.1 voor het onderscheid tussen verdelingscriteria en toelatingscriteria.

123 Zie bijvoorbeeld art. 4 lid 2 en 3 Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 2,6 GHz. Ook bij verlening op volgorde van binnenkomst kan het moment van binnenkomst van de aanvraag als toelatingscriterium worden gehanteerd. Zie ook art. 6 lid 2 jo. 3 lid 2 Regeling aanvraag vergunning voor TETRA, *Stcrt.* 2001, 233, op grond waarvan een aanvraag die buiten het voorgeschreven tijdvak wordt ingediend, niet in behandeling wordt genomen.

124 CBB 4 april 2007, *JB* 2007, 114, m.nt. AJB, r.o. 9.2.4. Zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 27607, nr. 6, p. 6, waarin het financieel instrument nadrukkelijk niet als een verdelingsprocedure wordt beschouwd.

4 SLOTBESCHOUWING: EEN HIËRARCHIE VAN VERDELINGSPROCEDURES?

Deze bijdrage vormt een zoektocht naar een zinvol onderscheid tussen procedures voor de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Voor dit onderscheid is aansluiting gezocht bij het verdelingscriterium. Kenmerkend voor elke verdelingsprocedure is namelijk dat op basis van een bepaald verdelingscriterium een rangschikking of verdeling wordt gemaakt. In hoeverre sprake is van een zinvol onderscheid, hangt af van de rechtsgevolgen die aan dit onderscheid worden verbonden. Met name het CBB heeft hier enkele hoofdlijnen uitgezet, primair op het terrein van de Telecommunicatiewet, maar inmiddels ook – mogelijk in aansluiting op dit systeem van de Telecommunicatiewet – op andere terreinen. Die aansluiting betreft niet alleen de *benaming* van de verdelingsprocedures, maar ook de *afbakening* tussen die verdelingsprocedures. In deze bijdrage worden daarom in beginsel vier procedures onderscheiden voor de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten: verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, de loting, de veiling en de vergelijkende toets. De vergelijkende toets fungeert daarbij als een (universele) restcategorie, waaronder in bepaalde gevallen ook de aanbesteding kan worden gebracht. Indien daartoe aanleiding bestaat, kunnen niettemin binnen deze restcategorie specifieke verdelingsprocedures worden onderscheiden.

Van deze vier verdelingsprocedures springt met name de veiling als afzonderlijke verdelingsprocedure in het oog. De veiling heeft namelijk met de vergelijkende toets gemeenschappelijk dat een gelijktijdige, inhoudelijke vergelijking van de aanvragen plaatsvindt. De reden om de veiling niettemin afzonderlijk in wetgeving te vermelden (Tw, Wp 2000) of juist uit te sluiten (Mw), houdt wellicht verband met de bijzondere aandacht die vanouds in het publiekrecht bestaat voor het opleggen van financiële verplichtingen bij het verlenen van vergunningen (toestemmingen).¹²⁵ Hiermee kan in elk geval worden verklaard waarom de omgekeerde veiling niet afzonderlijk wordt genoemd bij de verdeling van schaarse subsidies: terwijl vergunningverlening door middel van een veiling leidt tot een financiële *verplichting* van de aanvrager om een bepaald geldbedrag te betalen, wordt door het verlenen van (schaarse) subsidies, zelfs als sprake is van een omgekeerde veiling, een financiële *aanspraak* voor de aanvrager gecreëerd. Omdat financiële middelen het object van de subsidie vormen, komt verdeling door middel van een omgekeerde veiling tevens neer op een verdeling op volgorde van de omvang van de aanvragen: hoe minder subsidie wordt aangevraagd, hoe hoger de aanvraag wordt gerangschikt. Het onderscheid tussen veiling, vergelijkende toets en – als specifieke deelverzameling hiervan – verdeling op volgorde

¹²⁵ Zie bijvoorbeeld H.D. Van Wijk / W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008, p. 206-211, die overigens terecht opmerken dat voor financiële voorwaarden principieel niet iets anders geldt dan voor beschikkingsvoorwaarden of -voorschriften in het algemeen.

van de omvang van de aanvragen is dus zinvoller bij vergunningverlening dan bij subsidieverlening.

Een vervolgvraag is of op basis van dit onderscheid kan worden gesproken van het primaat van een bepaalde verdelingsprocedure dan wel van een hiërarchie tussen verdelingsprocedures. Bij het antwoord op deze vervolgvraag moet voorop worden gesteld dat de verhouding tussen verdelingsprocedures voornamelijk wordt bepaald door het specifieke vergunningstelsel of de specifieke subsidieregeling. Een algemeen antwoord op deze vervolgvraag is dus eigenlijk niet mogelijk. Hooguit kan worden vastgesteld dat indien niets is bepaald over de wijze van verdeling (Wtw), het primaat lijkt te gelden van verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Dat wil niet zeggen dat andere verdelingsprocedures niet zijn toegestaan, maar wel dat potentiële aanvragers in beginsel ervan moeten uitgaan dat de schaarse rechten volgens deze procedure zullen worden verdeeld indien verder niets wordt geregeld over de wijze van verdeling. Verder geldt het primaat van de loting als afrondingsprocedure, dus wanneer de aanvragen overigens vergelijkbaar zijn gebleken, indien verder over deze afronding wettelijk niets is geregeld. Ten slotte lijkt specifiek bij de verdeling van deelbare rechten te gelden dat, zonder nadere regeling, de evenredige verdeling prevaleert boven verdeling op volgorde van de omvang van de aanvragen.

Een noodzakelijk vervolg op deze bijdrage betreft onderzoek naar de vraag aan welke eigenschappen de diverse, hierboven genoemde verdelingsprocedures voldoen. Deze eigenschappen zijn namelijk mede bepalend voor de vraag welke verdelingsprocedure mag worden toegepast, gegeven een bepaald verdelingsdoel. De samenhang tussen verdelingsprocedures en verdelingsdoelen vormt dus de volgende stap in de ontwikkeling van een juridisch kader voor de verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten.